



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

LUÍZA VELLOSO SILVA

**A IN(CONSTITUCIONALIDADE) DA LEI COMPLEMENTAR N^o
105/2001: possibilidade da quebra do sigilo bancário pelas autoridades
fiscais sem a autorização prévia do Poder Judiciário.**

Brasília
2011

LUÍZA VELLOSO SILVA

**A IN(CONSTITUCIONALIDADE) DA LEI COMPLEMENTAR N°
105/2001: possibilidade da quebra do sigilo bancário pelas autoridades
fiscais sem a autorização prévia do Poder Judiciário.**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho

Brasília
2011

A Deus, em primeiro lugar.

À minha família, pelo apoio recebido durante todos esses anos, em especial a minha mãe, a pessoa mais maravilhosa do mundo.

Ao meu namorado Fábio, pelo carinho, atenção, incentivo e apoio para que eu conseguisse terminar o trabalho.

Ao meu professor e orientador José Carlos Veloso Filho, a quem aprendi a admirar nesse tempo, por ter acreditado em mim desde o início, não poupando esforços para que eu tivesse êxito nesta jornada.

Ao Doutor Gustavo Pessanha Velloso, Procurador da República, cujo apoio foi fundamental para a consecução deste trabalho.

“A Ciência do Direito, porém, é incapaz de fornecer uma interpretação que seja a única correta, em qualquer caso. A Ciência do Direito pode apenas fornecer algumas interpretações razoáveis, sem que possa afirmar ser uma delas correta e as demais erradas. O ato pelo qual o aplicador da norma escolhe uma das interpretações apontadas pela Ciência do Direito é, inegavelmente, um ato político. Assim, quando um jurista, ao interpretar uma norma, sustenta ser determinada interpretação a correta, afastando as demais, ele está tentando exercer influência na criação do Direito. Não se trata de atividade jurídico-científica, mas de atividade política jurídica”.

Hugo de Brito Machado

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar o estudo e os fundamentos jurídicos sobre o sigilo bancário, analisando as hipóteses legais de sua quebra e expondo jurisprudência e doutrina sobre a possibilidade da Receita Federal agir sem a autorização prévia do Poder Judiciário, verificando, a partir disto, a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001. Para o embasamento, serão exibidas correntes favoráveis e contrárias à Lei, demonstrando, ao final, que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem um entendimento uníssono sobre a questão.

Palavras-chave: (in)constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, quebra do sigilo bancário e Receita Federal.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À QUEBRA DE SIGILO | 9 |
| 1.1. Princípio constitucional da proteção do sigilo dos dados | 10 |
| 1.2. Princípio da intimidade e da vida privada | 11 |
| 1.3. Princípio da capacidade contributiva | 13 |
| 1.4. Princípio da proporcionalidade | 14 |
| 1.5. Princípio da vedação das provas ilícitas | 15 |
| 1.6. Princípio da dignidade da pessoa humana | 16 |
| 1.7. Princípio do devido processo legal | 17 |
| 1.8. Princípio da legalidade | 18 |
| 1.9. Princípio da publicidade | 19 |
| 1.10. Princípio do contraditório e da ampla defesa | 20 |
| 1.11. Princípio da presunção de inocência | 20 |
| 1.12. Princípio da reserva de jurisdição | 21 |
| 2. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO | 23 |
| 2.1. Conceito e finalidade | 23 |
| 2.2. Natureza jurídica do sigilo bancário | 24 |
| 2.3. Sigilo bancário à luz da Constituição Federal de 1988 | 26 |
| 2.4. Requisitos | 29 |
| 3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELOS AGENTES FISCAIS – RECEITA FEDERAL | 31 |
| 3.1. Lei nº 4.595/1964 | 31 |
| 3.2. Lei Complementar nº 105/2001 | 32 |
| 3.3. Decreto Federal nº 3.724/2001 | 37 |
| 3.4. Argumentos favoráveis e contrários à quebra do sigilo bancário sem interferência do Poder Judiciário | 39 |
| 3.4.1. Argumentos favoráveis | 39 |
| 3.4.2. Argumentos contrários | 40 |
| 3.4.3. Posicionamento dos Tribunais | 42 |
| CONCLUSÃO | 48 |
| REFERÊNCIAS | 51 |

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado será o sigilo bancário com ênfase nos princípios aplicáveis a este instituto. O objetivo do trabalho é verificar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, focando na possibilidade da quebra do sigilo bancário pelas autoridades fiscais sem a prévia autorização do Poder Judiciário.

O estudo contém julgados a respeito do assunto de vários tribunais, como o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal.

O assunto não é recente, porém é complexo. E, a criação da Lei Complementar nº 105/2001, ao autorizar a quebra de sigilo sem autorização prévia do Judiciário, gerou discussões. A quebra de sigilo bancário é um meio de obtenção de prova no processo penal. A partir disto, surge o problema: limites da instrução probatória e de outro lado a privacidade e a intimidade.

O afastamento do sigilo bancário por parte da Receita Federal encontra repercussão jurídica, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, envolvendo diversos ramos do Direito, principalmente em Constitucional, Tributário e Penal.

A base da pesquisa é analisar a constitucionalidade da exceção autorizada pela Lei Complementar nº 105/2001, em seu artigo 6º. A inovação trazida gerou discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à sua constitucionalidade, surgindo diversos questionamentos, tais como: sigilo bancário como um direito fundamental; autoridade fiscal como parte legítima para efetivar a quebra do sigilo; aplicação do princípio da proporcionalidade.

Inicialmente, tecer-se-á alguns esclarecimentos acerca dos princípios em que envolve o sigilo bancário. Os pilares são os princípios do sigilo de dados e o da intimidade. Porém, vários outros são tratados, pois servem de base para a justificativa a respeito da constitucionalidade e inconstitucionalidade da Lei.

O segundo capítulo abordará o conceito, finalidade e natureza jurídica do sigilo bancário, tratando também da origem do instituto, chegando até a Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo preocupar-se-á com as leis que tratam do sigilo bancário, tendo com base a Lei Complementar nº 105/2001. São apresentados argumentos favoráveis e contrários à quebra do sigilo bancário sem a interferência do Poder Judiciário. Por fim, o posicionamento de diversos tribunais do país, como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, apesar deste ainda não ter se posicionado a respeito da constitucionalidade da Lei em questão.

1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À QUEBRA DE SIGILO

Princípios são normas que representam premissas de todo o sistema jurídico, conferindo unidade e harmonia ao sistema¹.

O princípio é essencial na orientação sócio-jurídica. É ele quem oferece a base de orientação lógica e válida do pensamento a ser desenvolvido².

Como bem explicitado por Mello, “*violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer*”. A não-observância gera uma afronta a todo o sistema de comandos³.

Para tratar do tema é indispensável a exposição dos princípios atinentes à quebra de sigilo. De um lado, os princípios do interesse público e da legalidade e, de outro, os princípios atinentes às liberdades públicas, como a dignidade da pessoa humana, do direito à privacidade, do sigilo de dados e do devido processo legal⁴.

Os princípios que regem o direito devem ser observados em qualquer construção em matéria penal, sem deixar de reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem, sendo, portanto, as premissas de todo um sistema jurídico⁵.

Outro conceito didático é apontado por Bonfim⁶, na qual os princípios do processo penal são normas, que possuem caráter genérico e abrangente, e atingem todo ordenamento jurídico e, por sua vez, guiam a aplicação e a interpretação das normas.

¹ FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 38.

² FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 21.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 453.

⁴ DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalhão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 317.

⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 03.

⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 34-35.

Os princípios abrigam valores que, muitas vezes, são antagônicos, especialmente numa ordem jurídica pluralista, como a nossa. A colisão entre princípios não é somente uma recorrente possibilidade, mas uma decorrência lógica do sistema⁷.

Quando há colisão de princípios é admitida a ponderação. Contudo, só será realizada no caso concreto. Nenhum dos princípios envolvidos irá perder força total diante de outro⁸.

Segundo Ferraz⁹, todo princípio goza de igual valor e somente diante do caso concreto deve haver uma ponderação dos princípios envolvidos.

No caso do sigilo bancário, existem situações em que o interesse público irá se confrontar com o direito à privacidade¹⁰, o que será exposto ao longo do trabalho.

A seguir serão apresentados os princípios que têm relação em algum momento com a quebra do sigilo bancário.

1.1. Princípio constitucional da proteção do sigilo dos dados

O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988 dispõe da inviolabilidade do sigilo de dados:

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*¹¹.

⁷ FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 39.

⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 44.

⁹ FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, pp. 39-40.

¹⁰ DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). Sigilo Fiscal e Bancário. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 318.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Todas as hipóteses mencionadas no artigo acima necessitam de autorização judicial para a quebra de sigilo. Esta autorização é necessária, pois há uma restrição de direitos fundamentais.¹²

Apesar do sigilo bancário envolver dados sigilosos em poder da instituição financeira, sua quebra atinge uma parcela do direito à intimidade e da vida privada. E, o Supremo Tribunal Federal, por seu turno, tem entendido que o sigilo bancário está inserido na proteção constitucional da intimidade e não da proteção de sigilo de dados¹³. Até mesmo porque, se fosse enquadrado como proteção do sigilo de dados, não haveria possibilidade de ser admitida a quebra sem a autorização judicial.

1.2. Princípio da intimidade e da vida privada

Trata-se do direito à privacidade. Consiste na faculdade que cada indivíduo possui de manter uma esfera de sua existência fora das vistas da comunidade e da intromissão indevida do público, correspondendo ao direito de ser deixado em paz e de estar só¹⁴.

A previsão ao direito à intimidade e a vida privada visa à defesa da privacidade, tendo recebido proteção pela Constituição Federal em diversas passagens, seja como restrição à publicidade dos atos processuais, seja como limite à liberdade de comunicação social¹⁵.

O direito à privacidade ou à vida privada é o gênero, sendo seus desdobramentos: inviolabilidade de dados (bancários, fiscais e telefônicos),

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 311.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 312-313.

¹⁴ HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 366.

¹⁵ HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 367.

inviolabilidade domiciliar, sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas, segredo profissional¹⁶.

O direito à intimidade possui menor amplitude que o direito à vida privada. Moraes os diferencia esclarecendo que *“intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais”*¹⁷.

De acordo com o ministro Ayres Britto, a intimidade se refere ao indivíduo consigo mesmo, por exemplo, redigindo seu diário, enquanto a privacidade é o relacionamento no âmbito menor de pessoa, como a troca de e-mails. Sendo, deste modo, a vida privada mais ampla no sentido de envolver várias relações entre os indivíduos¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal - STF e o Superior Tribunal de Justiça - STJ já pacificaram que o sigilo dos dados bancários, fiscais e telefônicos de uma pessoa fazem parte de sua privacidade, contando com a proteção constitucional do artigo 5º, inciso X, Constituição Federal¹⁹. Este inciso, garante a inviolabilidade (aparentemente absoluta) da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação²⁰. Verifica-se no referido dispositivo que a Constituição dispõe de norma expressa em relação à proteção da privacidade²¹.

¹⁶ HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 368.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 79-81.

¹⁸ Voto do Ministro Ayres Britto no RE 389808/PR, Relator: Min. Marco Aurélio.

¹⁹ HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 369.

²⁰ HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 367.

²¹ SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de & LEITE, Rosimeire Ventura. *O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação*. In: Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. Coordenação Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 203-238.

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*²².

Uma afronta ao princípio da intimidade pode ser ilustrado pela divulgação de um extrato bancário de uma determinada pessoa sem sua autorização, revelando de forma indevida sua vida, seus comportamentos, suas preferências, expondo sua intimidade²³.

1.3. Princípio da capacidade contributiva

O artigo 145, §1º, da Constituição Federal, é considerado pela administração tributária uma exceção ao direito à intimidade. Eis a transcrição:

*Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (grifo nosso)*²⁴.

A Receita Federal não considera quebra de sigilo bancário a transferência de informações aos seus agentes, mas tão somente uma fiscalização inerente ao exercício de sua função que, de qualquer forma, deve resguardar o segredo. Por outro lado, com o intuito de cumprir com o seu dever, pode o Fisco não observar o inteiro teor do artigo acima referenciado, que expressamente dispõe sobre a garantia dos direitos individuais²⁵.

No entanto, este princípio tem relação direta de dependência com o poder de fiscalização do Estado, uma vez que é sua incumbência verificar a legalidade e legitimidade dos atos praticados pelos particulares²⁶.

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1129.

²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²⁵ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 128-129.

²⁶ FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 71.

1.4. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não está expressamente disposto na Constituição Federal de 1988, diferentemente de como ocorre em outros países, como Portugal, por exemplo.²⁷

O princípio da proporcionalidade, em um de seus aspectos, proíbe o Estado, na função de acusador, de praticar qualquer excesso em suas atividades. Se por um lado cabe ao Estado combater as infrações penais, por outro lado, não deve restringir demasiadamente os direitos fundamentais.²⁸

Primitivamente, o princípio em questão é considerado uma medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Atualmente, é também conhecido como o “*princípio da proibição de excesso*”²⁹.

Este princípio tem aplicação em vários campos do direito. Contudo, uma de suas aplicações mais importantes é na área da restrição dos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos por parte do Poder Público³⁰.

Na busca da autoria de crimes de colarinho branco, por exemplo, para que o excesso não ocorra, a quebra de sigilo (medida que pode ser adotada) não deve ser desproporcional ao fim desejado³¹.

A aplicação deste princípio demanda a ponderação de princípios constitucionais que aparentemente são contraditórios. Todavia, somente na análise do caso concreto identificar-se-á quais dentre eles irão prevalecer³².

²⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 49.

²⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59-61.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 266-267.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 270-272.

³¹ FOLMANN, Melissa. Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá, 2001, p. 114.

³² BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 107-109.

A proporcionalidade para ser aplicada deve atender três subprincípios, conhecido como teste alemão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que todos devem ser observados no momento da aplicação. A adequação é a medida apta a alcançar o fim pretendido. A necessidade é que a ação a ser tomada deve ser menos gravosa possível, ou seja, quando não há outro meio menos gravoso para atingir o objetivo. A proporcionalidade, por sua vez, é a ponderação dos interesses.³³

1.5. Princípio da vedação das provas ilícitas

A Constituição Federal dispõe sobre proteções e reconhecimentos de direitos fundamentais, e, um deles, é sem dúvida o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.³⁴

A vedação das provas ilícitas, disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, protege o cidadão, tendo em vista que a busca pela verdade real encontra limites em direitos e garantias fundamentais previstas na ordenamento.³⁵

*LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*³⁶.

Esta vedação age no controle da regularidade na fase da instrução probatória, inibindo e desestimulando a prática de medidas ilícitas por parte daquele que tem a incumbência da produção das provas.³⁷

Do mesmo modo, é uma vedação para que os julgadores adotem como elementos de convencimento provas obtidas por meios considerados ilícitos.³⁸

³³ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 61-62.

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 41-42.

³⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49.

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 303.

Segundo Oliveira, “a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem, sendo estes os mais atingidos durante as diligências investigatórias”.³⁹

1.6. Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal consagrou em vários dispositivos ao longo do texto o princípio da dignidade da pessoa humana. É considerado fundamento do Estado brasileiro, expresso no artigo 1º da Carta Magna, que tem como valor jurídico o de maior hierarquia axiológica do nosso ordenamento constitucional.⁴⁰

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (grifo nosso)⁴¹.

Porém, a doutrina e a jurisprudência não admitem hierarquia jurídica no interior do texto constitucional, o que não impede a prevalência de alguns princípios contidos na Constituição Federal em relação a outros, como os valores vida e propriedade, sendo que há primazia ao menos em abstrato, do primeiro⁴².

Podemos verificar que o Estado, excepcionalmente, pode impor limitação aos exercício dos direitos fundamentais, mas não poderá “*menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*”. Porquanto, o Estado deve agir conforme a lei e o indivíduo não pode se utilizar desta para fins ilícitos⁴³.

³⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49.

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 303.

⁴⁰ HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 89.

⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁴² HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, pp. 89-91.

⁴³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50-61.

De qualquer modo, não resta dúvida que a atuação dos poderes públicos deve ter como finalidade precípua respeitar a dignidade da pessoa humana⁴⁴.

A proteção da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado⁴⁵.

A dignidade da pessoa humana é sem dúvida um princípio fundamental e, como tal, deve ser harmonizado com os demais princípios constitucionais, apesar de sua inquestionável supremacia valorativa. Com isso, evidencia-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, assim como qualquer direito e garantia fundamental, devendo necessariamente ser relativizado e submetido a um juízo de ponderação no caso concreto⁴⁶.

1.7. Princípio do devido processo legal

Além da observância do princípio da dignidade humana, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LIV, estabeleceu que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*. Isto significa que todas as formalidades previstas em lei devem ser respeitadas quando se pretende restringir a liberdade ou privar alguém de seus bens⁴⁷.

O devido processo legal se divide em dois aspectos: material e formal. O aspecto material se refere a garantias fundamentais dos indivíduos, que protege o cidadão contra a atividade estatal arbitrária e desproporcional. Já o devido

⁴⁴ HOLTHER, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 89.

⁴⁵ HOLTHER, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 90.

⁴⁶ HOLTHER, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 91.

⁴⁷ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 03.

processo legal formal tem relação com as garantias processuais, conferidas às partes no âmbito do processo.⁴⁸

Apesar da processo penal buscar a verdade real, não pode, para tanto, violar procedimentos delineados em lei. Quando o ordenamento jurídico, por exemplo, veta as provas obtidas por meio ilícito, está observando uma garantia fundamental inerente ao devido processo legal⁴⁹. Da mesma forma, não é admissível a prova ilícita por derivação, na qual o juiz para descobrir as informações faz emprego de meios ilícitos⁵⁰.

1.8. Princípio da legalidade

A Constituição Federal dispõe no artigo 5º, inciso II, sobre o princípio genérico da legalidade, que visa combater o poder arbitrário por parte do Estado, uma vez que está restrito às leis. Qualquer obrigação que se estabeleça com um administrado, a lei deve ser observada⁵¹.

*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*⁵².

No âmbito da Administração Pública significa dizer que esta só está autorizada a fazer aquilo que a lei permite⁵³.

No campo da persecução penal, os órgãos não possuem poderes discricionários e ilimitados para determinar quaisquer meios de prova que desejarem para atingirem seus objetivos⁵⁴. É o caso da quebra de sigilo, uma vez que a Receita Federal pode considerar indispensável a medida de afastamento do sigilo para

⁴⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 39-40.

⁴⁹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 04-12.

⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 27-28.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 41-44.

⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁵³ DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalhão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 343.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29.

determinar a autoria do delito, apesar desta medida não ser proporcional no caso concreto.

1.9. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade tem como finalidade proporcionar ampla defesa e transparecer a justiça. A ampla defesa se refere à possibilidade do envolvido ter acesso aos autos e direito de participação em todas as audiências do processo. Mas, pode haver restrição em casos de tutela do interesse público ou para proteção do direito à intimidade⁵⁵.

Em relação à publicidade dos atos administrativos, como os realizados pela Receita Federal, há previsão legal na Constituição Federal, no artigo 37, *caput*:

*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (grifo nosso)*⁵⁶.

Desse modo, é obrigatório que todos os atos em que há o envolvimento da Administração Pública, em razão da sua atividade, devem ser levados ao conhecimento da população, para que haja uma maior transparência possível com o intuito de atingir os fins pretendidos pelo Estado⁵⁷.

Todavia, a publicidade dos atos processuais possui restrição. Excepcionalmente, para a proteção de direitos constitucionais, como, por exemplo, o direito à intimidade, pode haver uma limitação à publicidade⁵⁸.

⁵⁵ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 104.

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁵⁷ FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001, pp. 72-73.

⁵⁸ SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de & LEITE, Rosimeire Ventura. *O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação*. FERNANDES, Antônio Scarance, José Raul Gavião de Almeida & Maurício Zanoide de Moraes (coordenadores). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 203-238.

1.10. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa encontra fundamental legal no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal:

*LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*⁵⁹.

O contraditório e da ampla defesa são a regra no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, na fase inquisitorial, estes princípios não prevalecem. Com isso, é permitido a quebra do sigilo sem a oitiva do investigado⁶⁰.

O contraditório se divide em real e diferido. O real é aquele se efetiva no tempo da produção probatório, enquanto que o diferido é posterior à produção das provas. Em casos em que não é possível a efetivação do contraditório real, em razão da natureza do procedimento (inquérito policial) ou pela natureza da prova (interceptação telefônica), deve ser assegurado às partes o contraditório diferido, em respeito ao artigo citado acima⁶¹.

1.11. Princípio da presunção de inocência

É também chamado de princípio da não-culpabilidade ou do estado de inocência. O fundamental legal está disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal:

*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*⁶².

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos XI e XII, trata do princípio em questão. Estabelece que até que fique legalmente provada a culpabilidade em processo transitado em julgado, é assegurado ao acusado o direito

⁵⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 92-93.

⁶¹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 42-43.

⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

à ampla defesa e ao contraditório, como garantias indispensáveis, bem como a proteção individual da intimidade e da correspondência, dentre outros.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques⁶³.

Assim sendo, é cediço que não é o acusado que tem que provar que é inocente, e sim o Estado, com o poder punitivo, que tem o ônus de provar a culpa do indivíduo, demonstrando a materialidade do delito e a prova a existência do fato⁶⁴.

1.12. Princípio da reserva de jurisdição

A chamada reserva constitucional de jurisdição é um postulado no sentido da submissão de determinadas decisões ao âmbito exclusivo de ação dos magistrados. Vários juristas inserem o conhecimento de informações bancárias ou financeiras na referida reserva constitucional. Tal inserção, no entanto, não se sustenta, sequer resistindo ao crivo da análise a partir do próprio texto constitucional e do sistema jurídico por ele inaugurado⁶⁵.

⁶³ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dezembro de 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em 02 de dezembro de 2010.

⁶⁴ WADDINGTON, Izabela Bezerra Gomes. Direito à privacidade face a quebra de sigilo nos crimes do “colarinho branco”. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6073>. Acesso em 12 de fevereiro de 2011.

⁶⁵ CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar n 105/2001. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=15>. Acesso em 05 de dezembro de 2010.

É um tema pouco explorado pela doutrina. Seu significado se vincula à ideia de que algumas determinadas matérias devem passar pelo crivo do Poder Judiciário antes de qualquer medida ser deferida⁶⁶.

Como bem definido por Quezado e Lima, “o princípio não significa (reserva de) jurisdição, mas reserva de determinadas matérias à primeira palavra, também, do Poder Judiciário”⁶⁷.

Segundo Silva e Leite, não há na Constituição Federal de 1988 a quebra de sigilo bancário presente na disposição da reserva de jurisdição. Para tanto, a atuação não é exclusiva das autoridades judiciárias⁶⁸.

A Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXV) dispõe que o Poder Judiciário será competente para apreciar ameaças e lesões a direitos. Em casos de prováveis lesões ou elas já tendo ocorridas, o juiz deverá apreciar o caso. Entretanto, em relação a algumas matérias, a Carta Magna estabeleceu expressamente ser necessária a autorização judicial prévia, devido a relevância dos bens jurídicos abrangidos. Exemplo: busca domiciliar, interceptação de comunicações telefônicas. Em relação as informações bancárias do contribuinte, o constituinte julgou não ser necessária a autorização judicial prévia a realização do ato. Ao contrário, a Constituição foi explícita em viabilizar o acesso do Fisco ao patrimônio, aos rendimentos e às atividades econômicas do contribuinte (artigo 145, §1º) quando houver justa causa.⁶⁹

A hipótese de reserva de jurisdição pressupõe expressa previsão no texto constitucional para ser imposta, não havendo esta explicitação na Constituição sobre o sigilo bancário.

⁶⁶ SILVA, Danielle Souza de Andrade e & Rosimeire Ventura Leite. *O sigilo financeiro, os direitos à vida privada e à intimidade e a produção da prova criminal*. In: Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. FERNANDES, Antônio Scarance, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 161-162.

⁶⁷ QUEZADO, Paulo e Rogério Lima. *Sigilo Bancário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 56.

⁶⁸ SILVA, Danielle Souza de Andrade e & Rosimeire Ventura Leite. *O sigilo financeiro, os direitos à vida privada e à intimidade e a produção da prova criminal*. In: Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. FERNANDES, Antônio Scarance, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 162.

⁶⁹ CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar n 105/2001. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=15> Acesso em 16 de novembro de 2010.

2. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

2.1. Conceito e finalidade

O conceito de sigilo é frequentemente utilizado como sinônimo de segredo. Entretanto, possuem definições e significados diversos. Segredo é aquilo que não se pode, não se quer ou não se deve revelar. Já o sigilo é o dever de não revelar o fato de que se tem conhecimento, ou seja, segredo que não se deve violar⁷⁰.

De acordo com o dicionário Houaiss, sigilo é *“o que permanece escondido da vista ou do conhecimento. Coisa ou notícia que não se pode revelar ou divulgar. Silêncio ou descrição sobre algo que nos foi revelado”*⁷¹.

Em relação ao sigilo bancário, Covello define como sendo a *“obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”*⁷².

Segundo Valente, o sigilo bancário é a obrigação imposta aos bancos de não revelar a terceiros, sem motivo justificado, os dados de seus clientes bem como as operações que estes realizam⁷³.

A norma que trata do sigilo bancário visa coibir a divulgação de dados de clientes de que o Banco tenha tomado conhecimento em razão de seu ofício, preservando a intimidade dos indivíduos⁷⁴.

É imprescindível expor a natureza jurídica do instituto, tendo em vista a necessidade de saber quem são os sujeitos envolvidos.

⁷⁰ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 56-57.

⁷¹ Minidicionário Houaiss da língua portuguesa. 2 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 680.

⁷² COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, p. 86.

⁷³ VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *Sigilo Bancário: obtenção de informações pela Administração Tributária Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 95

⁷⁴ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, pp. 102-103.

2.2. Natureza jurídica do sigilo bancário

Os elementos que compõem o sigilo bancário como relação obrigacional são: sujeito passivo, sujeito ativo e o objeto⁷⁵.

É preciso saber quem está obrigado a conservar o sigilo das informações que as detêm. É chamado sujeito passivo da relação aquele que está obrigado a conservar o sigilo. As instituições bancárias em sentido estrito, bem como as instituições financeiras em geral, que são subordinadas à Lei que regula o Sistema Financeiro Nacional, podem ser considerados sujeitos passivos. Todas elas desempenham atividade bancária, apesar de não serem classificadas como banco em sentido estrito. Exemplo: Bolsa de Valores, sociedades corretoras de valores mobiliários e agentes autônomos de investimentos⁷⁶.

É necessário saber quem são o sujeito ativo e passivo na relação obrigacional, tendo em vista que o sigilo bancário visa resguardar o cliente e o banco. O cliente em relação aos seus dados e a instituição financeira no que se refere a manutenção da sua clientela⁷⁷.

Quanto ao sujeito ativo, a maior parte dos doutrinadores consideram ser o cliente. Contudo, deve ficar claro que o dever de sigilo não mantido somente na relação cliente/Banco, mas também entre aqueles que eventualmente realizam qualquer atividade com a instituição financeira⁷⁸.

Entretanto, há doutrinador que defende que o sujeito ativo na relação obrigacional é apenas aquele cliente que realiza habitualmente negócios

⁷⁵ ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo Bancário e Direito à Intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 85.

⁷⁶ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, pp. 92-93.

⁷⁷ FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 82.

⁷⁸ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, pp. 96-100.

bancários, não se enquadrando aquele que realiza uma transação isolada, não vinculando o Banco ao sigilo⁷⁹.

É evidente que o negócio realizado entre a instituição bancária e o cliente, por mais que seja único, envolve confiança. E, mesmo que a operação não se consume, permanece a obrigação de sigilo do Banco em relação aos dados do indivíduo que teve conhecimento no momento da negociação.⁸⁰

Quanto às informações que são abarcadas pelo sigilo bancário, não há consenso na doutrina, variando a amplitude dos dados que são abrangidos⁸¹.

Neste sentido, não há divergência de que o objeto imediato do sigilo bancário é a abstenção da divulgação por parte do Banco das informações que obtém em razão de sua atividade profissional. E, por outro lado, o objeto mediato são as operações bancárias e os serviços inerentes à função bancária⁸².

O sigilo bancário não se restringe aos dados pessoais. Também são acobertados a operação bancária ativa, como os empréstimos, financiamento, abertura de crédito, e a operação bancária passiva, como o depósito, conta corrente. E, por mais que não se efetive um serviço, por exemplo, a negação de empréstimo bancário, estes dados colhidos para consulta são sigilosos⁸³.

O sujeito ativo tem como objetivo a abstenção da divulgação de suas informações, com o intuito de que terceiros tomem conhecimento dos dados captados pela instituição financeira, no exercício de sua atividade profissional. Por

⁷⁹ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, pp. 96-100.

⁸⁰ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, pp. 100-101.

⁸¹ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

⁸² COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, pp. 106-109.

⁸³ VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *Sigilo Bancário: obtenção de informações pela Administração Tributária Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 96

outro lado, o sujeito passivo é o que detém as informações e não deve disseminar o que sabe, devendo guardar o devido sigilo.⁸⁴

O sigilo bancário encontra previsão na Constituição Federal, como se verá a seguir. As obrigações e delimitações previstas no texto constitucional devem observadas pelos sujeitos ativos e passivos envolvidos na relação obrigacional.

2.3. Sigilo bancário à luz da Constituição Federal de 1988

O sigilo bancário envolve vários princípios de importância inquestionável, tais como o sigilo de dados e o da intimidade. Todos os três estão inseridos, ainda que implicitamente, na Constituição Federal de 1988.

O sigilo bancário não foi uma novidade introduzida pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850⁸⁵, trouxe a proibição expressa da revelação pelos banqueiros de dados de seus clientes a qualquer autoridade e sob qualquer fundamento, por mais necessário que fosse:

Art. 17. Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, viu a necessidade de afastar o caráter absoluto da regra de proibição. Assim, criou duas súmulas na qual admitia a exibição de livros comerciais como medida preventiva a ser requerida e ainda que estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitando o exame aos pontos objeto da investigação, conforme orienta as súmulas 390⁸⁶ e 439⁸⁷.

⁸⁴ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, p. 89.

⁸⁵ Lei nº 556, de 25 de junho de 1850— Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm> Acesso em 03 de novembro de 2011.

⁸⁶ Súmula 390 do STF: A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

⁸⁷ Súmula 439 do STF: Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 não trouxe de maneira expressa o termo sigilo bancário⁸⁸. Mas, demonstrou ao longo dos artigos, extremo cuidado com o direito à intimidade e à privacidade, sendo estes conexos à garantia fundamental do sigilo bancário. Diante disto, este deverá ser analisado como um direito constitucional preconizado no artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna, em especial o conteúdo dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001⁸⁹.

Resta claro que o sigilo resulta da proteção à intimidade e à vida privada dos indivíduos combinada com a garantia do sigilo de dados⁹⁰.

De acordo com a concepção atual, o direito ao sigilo está baseado nos direitos à intimidade, à liberdade e à privacidade⁹¹.

A garantia do sigilo de dados estáticos, como o bancário, é uma norma constitucional recente, introduzida na Constituição Federal de 1988. E, esta inviolabilidade trazida no texto constitucional complementa a previsão ao direito à intimidade e à vida privada⁹².

Não resta dúvida de que a proteção à privacidade humana engloba as informações fiscais e bancárias dos indivíduos em posse do Poder Público, uma vez que constituem parte da vida privada da pessoa e merecem, portanto, o devido sigilo⁹³.

O Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência de diversos tribunais fazem silogismo do sigilo bancário com os princípios da intimidade e da vida privada,

⁸⁸ QUEZADO, Paulo e Rogério Lima. *Sigilo Bancário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32.

⁸⁹ VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *Sigilo Bancário: obtenção de informações pela Administração Tributária Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 97-106.

⁹⁰ SILVA, Danielle Souza de Andrade e & Rosimeire Ventura Leite. *O sigilo financeiro, os direitos à vida privada e à intimidade e a produção da prova criminal*. In: *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. FERNANDES, Antônio Scarance, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 144.

⁹¹ FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 48.

⁹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 69-78.

⁹³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 69-78.

e, alertam que a quebra do sigilo se sujeita à uma prévia autorização do Poder Judiciário, em razão da reserva de jurisdição⁹⁴.

Sendo assim, os sigilos bancário e fiscal são consagrados como direitos individuais constitucionalmente protegidos e, para o afastamento do sigilo é indispensável motivo relevante, como, por exemplo, suspeita de atos ilícitos por parte dos correntistas⁹⁵.

No entanto, deve ser analisado até que ponto o Estado pode invadir a esfera privada das pessoas para conhecer de seus negócios no interesse público de coibir ilícitos, como no caso da Lei Complementar nº 105/2001. No caso da quebra dos sigilos bancário e fiscal, a doutrina tenta estabelecer qual limite da ação fiscalizadora em face dos princípios da intimidade e da vida privada⁹⁶.

O limite a ser definido é subjetivo. Porém, o que se sabe é que nenhum direito fundamental é absoluto. Portanto, se o sigilo estiver sendo utilizado para acobertar a prática de crimes, a investigação dos dados será possível⁹⁷. O julgado do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ do Supremo Tribunal Federal confirma a tese de que não existe direito ou garantia que seja revestido de caráter absoluto. Este julgado se refere à uma Comissão Parlamentar de Inquérito que ordenou, por autoridade própria, a quebra de sigilo bancário⁹⁸.

“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição” (grifo nosso).

⁹⁴ BARBEITAS, André Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 19-23.

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 69-78.

⁹⁶ FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 87.

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.

⁹⁸ MS 23452, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>> Acesso em: 23 de janeiro de 2011.

O sigilo bancário admite exceções, assim como qualquer direito ou garantia. Logo, surgirão casos em que os bancos deverão fornecer os dados de seus clientes diante de situações concretas⁹⁹.

É evidente que o sigilo não detém caráter absoluto diante da apuração de infrações penais. Mas, para que seja relativizado, deve estar dentro das hipóteses legais e observado o devido processo legal¹⁰⁰.

Neste sentido, um julgado da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

[...] 1. Na dicção do Supremo Tribunal Federal, o direito ao sigilo bancário insculpido no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, não tem caráter absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça [...]. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas [...] (AMS 0037490-37.2004.4.01.3400/DF, Relator Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 p.287 de 28/05/2010) (grifo nosso).

2.4. Requisitos

Especificamente em relação à Lei Complementar nº 105/2001, os requisitos a serem observados estão dispostos no artigo 6º:

Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (grifo nosso)

Depreendesse que as condições são cumulativas, quais sejam¹⁰¹:

(a) existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso

⁹⁹ VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *Sigilo Bancário: obtenção de informações pela Administração Tributária Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 96-97

¹⁰⁰ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 73-74.

¹⁰¹ GIANNETTI, Francesco. *O Sigilo Bancário em face do atual Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalhão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, pp. 439-440.

e (b) os exames dos documentos financeiros a serem examinados devem ser considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A ordem de quebra de sigilo, uma vez indispensável, deve se atentar para outras minúcias. Em relação ao sujeito investigado, este deverá ser identificado e qualificado, para que não haja uma devassa descontrolada sem qualquer motivo justificável¹⁰².

Além disso, deve haver uma base concreta de indícios de materialidade e autoria do fato a ser investigado, para que se reconheça a causa provável, no qual restará demonstrada a necessidade da medida de afastamento de sigilo¹⁰³.

O capítulo seguinte, ao tratar da Lei Complementar nº 105/2001, irá tratar de forma detalhada os requisitos a serem observados para a quebra de sigilo bancário em investigação criminal.

¹⁰² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 120.

¹⁰³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 121.

3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELOS AGENTES FISCAIS – RECEITA FEDERAL

As Leis tratadas a seguir se referem à relatividade do sigilo bancário. Estas normas autorizam a quebra de sigilo de informações se observados determinados requisitos, principalmente quando estiverem envolvidos crimes contra a ordem tributária e financeira. Será analisado até que ponto se justifica ou é legítima a violação dos direitos à privacidade e da intimidade e do princípio da presunção de inocência.

3.1. Lei nº 4.595/1964

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, dada como a Lei do Sistema Financeiro Nacional, recepcionada como Lei Complementar em complemento ao disposto no artigo 192 da Constituição Federal de 1988¹⁰⁴, dispõe no artigo 38 sobre o dever de sigilo por parte das instituições financeiras em relação as operações ativas e passivas que realiza, bem como as respectivas exceções, contidas nos parágrafos:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§1º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

[...]

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. □

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente. (grifo nosso)

De maneira equivocada, o artigo leva a compreensão de que somente serão conservados em sigilo as operações efetivamente consumadas.

¹⁰⁴ Artigo 192 da Constituição Federal. O sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre [...].

Porém, não foi esta a intenção ao utilizar esta expressão, mas sim, atividades relacionadas à profissão¹⁰⁵.

A Lei em questão, ao contrário do Código Comercial, admitia a relativização do sigilo bancário, abrandando a severidade, permitindo que a administração tributária tivesse acesso às informações bancárias, desde que fossem respeitados dois requisitos: processo instaurado e os documentos a serem analisados serem indispensáveis para a investigação.

O artigo 38, acima transcrito, não dizia qual tipo de processo deveria estar instaurado, se era judicial ou bastava ser na seara administrativa.

Havia possibilidade de ser excepcionada em casos em que objetivava a aquisição de informações de contribuintes que burlavam a lei. Todavia, deveria sempre ser precedida de autorização do Poder Judiciário¹⁰⁶.

3.2. Lei Complementar nº 105/2001

A criação da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2011, foi reflexo de um movimento internacional que tem o intuito de flexibilizar o sigilo bancário sem a necessidade de intermediação do Poder Judiciário. A razão que justificaria tal medida seria o combate à lavagem de dinheiro oriundo de práticas criminosas, dentre outros motivos. Vários países entendem neste sentido: Estados Unidos, Espanha, França, Bélgica e Holanda¹⁰⁷.

A Lei em questão representa uma modificação do significado do princípio constitucional do direito à vida privada, uma vez que autoriza o Poder Público, em situações de relevante interesse público, o afastamento do sigilo,

¹⁰⁵ COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001, p. 87.

¹⁰⁶ DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalhão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 331.

¹⁰⁷ CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar n 105/2001. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=15> Acesso em: 22 de fevereiro de 2011.

observados determinados requisitos¹⁰⁸. A Receita Federal, para tanto, não necessita de prévia autorização judicial¹⁰⁹.

É possível que o Fisco obtenha informações de contribuintes diretamente das instituições financeiras e demais entidades a elas equiparadas pela Lei Complementar nos casos em que houver suspeita de prática de infração tributária¹¹⁰.

A Secretaria da Receita Federal divulgou dados preocupantes, tais como¹¹¹:

- a) 62 pessoas físicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 11,03 bilhões;
- b) 139 pessoas físicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 28,92 bilhões;□
- c) □45 pessoas jurídicas incluídas no SIMPLES (pressupõe receita bruta anual inferior a R\$ 120 mil) tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 53,21 bilhões;□
- d) 46 pessoas jurídicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 18,39 bilhões;□

¹⁰⁸ GIANNETTI, Francesco. *O Sigilo Bancário em face do atual Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, pp. 438-439.

¹⁰⁹ CHIAPPINI, Carolina & Marcelo Magalhaes Peixoto. *Sigilo Bancário e Fiscal no Direito Brasileiro*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 425.

¹¹⁰ DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 330.

¹¹¹ CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar n 105/2001. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=15> Acesso em: 22 de fevereiro de 2011.

- e) 139 pessoas jurídicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 70,96 bilhões.

Por outro lado, há quem defenda que o afastamento do sigilo bancário afronta os direitos de intimidade, da vida privada e do próprio sigilo de dados, sendo que todos estão dispostos na Constituição (art. 5º, incisos X e XII)¹¹².

O Fisco, ao tomar conhecimento de informações financeiras dos contribuintes, não o faz com o objetivo de divulgá-las para terceiros. Até porque, os agentes fiscais estão obrigados a resguardar as informações manuseadas sob pena responsabilidade penal e administrativa, conforme dispõem os artigos 10 e 11 da LC nº 105/2001¹¹³:

*Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.
Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.*

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial¹¹⁴.

Portanto, de um lado temos a necessidade de sigilo das informações bancárias reveladoras de intimidade e vida privada e de outro lado temos a necessidade de fiscalização, de apuração da ocorrência de fatos geradores

¹¹² CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar n 105/2001. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/sisartigos/artigos.asp?codigo=15>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2011.

¹¹³ CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar n 105/2001. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/sisartigos/artigos.asp?codigo=15>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2011.

¹¹⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>.

tributários anunciados na própria Constituição com a possível ocorrência de fraudes¹¹⁵.

A Lei Complementar nº 105/2001 traz as hipóteses legais de quebra de sigilo bancário. Contudo, no presente estudo, serão tratados apenas os requisitos imperiosos para o afastamento do sigilo em investigação criminal. O artigo 1º, §4º combinado com o §3º, estabelecem as condições:

§4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

- I – de terrorismo;*
- II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;*
- III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;*
- IV – de extorsão mediante sequestro;*
- V – contra o sistema financeiro nacional;*
- VI – contra a Administração Pública;*
- VII – contra a ordem tributária e a previdência social;*
- VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;*
- IX – praticado por organização criminosa (grifo nosso).*

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

- I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;*
- II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;*
- III – o fornecimento das informações de que trata o §2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;*
- IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;*
- V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;*
- VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar (grifo nosso)¹¹⁶.*

¹¹⁵ CASTRO, Aldemário Araújo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar n 105/2001. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=15> Acesso em: 22 de fevereiro de 2011.

O §3º do artigo 1º descreve as hipóteses em que não constitui violação do dever de sigilo, caracterizando, de certo modo, as atividades habituais das instituições financeiras¹¹⁷.

E o §4º do artigo 1º autoriza a quebra do sigilo bancário em caráter excepcional, especificando nos casos em que for necessário o afastamento para a apuração da prática de ilícito¹¹⁸.

A apuração de qualquer ilícito, descrito no artigo, é o chamado ilícito penal. Poderá ser decretada na fase do processo judicial ou até mesmo na fase pré-processual¹¹⁹. E, a Lei ao utilizar “*especialmente nos seguintes crimes*” quer dizer que o rol não é taxativo, e sim meramente exemplificativo¹²⁰.

A finalidade da instrução probatória do processo judicial ou pré-processual é de natureza criminal. Para tanto, deve observar o devido processo legal, tendo em vista que esta quebra de sigilo atinge direitos fundamentais.

Segundo Valente, o núcleo essencial da norma sempre deve ser respeitada. Pode ser que haja exceção ao tipo, porém, a essência não pode se perder:

Com efeito, a própria norma estatui a existência do sigilo bancário antes de abrir-lhe exceções (art. 1º). Outrossim, além do fato de que as informações transferidas ao Fisco ainda permanecem sob sigilo (agora transmutado em sigilo fiscal), também podem ser colhidos na norma dispositivos que implicam a responsabilidade civil e penal em virtude da divulgação da informação obtida (arts. 10 e 11), deixando claro que a intimidade e a vida privada (bens jurídicos tutelados), bem como a liberdade de negação (valor e fundamento lógico-jurídico), ainda subsistem, na medida em que as informações não

¹¹⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1130.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1130.

¹¹⁹ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

¹²⁰ SILVA, Danielle Souza de Andrade e & Rosimeire Ventura Leite. *O sigilo financeiro, os direitos à vida privada e à intimidade e a produção da prova criminal*. In: *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. FERNANDES, Antônio Scarance, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 160.

*passam da restrita esfera da privacidade para a ampla esfera da publicidade*¹²¹.

Há de ser analisado se o princípio da proporcionalidade foi observado quando da criação da Lei. É preciso avaliar se a quebra de sigilo é o meio menos gravoso a fim de se garantir a fiscalização tributária, com vistas à efetividade do princípio da capacidade contributiva, bem como a comprovação da autoria de crimes, por exemplo, de colarinho branco.

A adequação com a proporcionalidade em sentido estrito será observada se houver decisão judicial prévia à quebra do sigilo bancário para que se adote o meio menos gravoso para o consecução dos fins pretendidos, evitando, deste modo, abusos por parte da Administração, que detém a posse das operações bancárias.

3.3. Decreto Federal nº 3.724/2001

Regulamentando a Lei Complementar nº 105/2001¹²², o Executivo editou o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001¹²³, alterado pelo Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007:

Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.

Art. 1º. Este Decreto dispõe, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, sobre requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, em conformidade

¹²¹ VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *Sigilo Bancário: obtenção de informações pela Administração Tributária Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 194-195.

¹²² BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>.

¹²³ BRASIL. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm>.

com o art. 1º, §§ 1º e 2º, da mencionada Lei, bem assim estabelece procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas.

Art. 2º. Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e somente terão início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído mediante ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§5º. A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

Art. 3º. Os exames referidos no §5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

Esta norma infraconstitucional especificou o *modus operandi* pelo qual as autoridades fiscais, tratadas no artigo 6º da Lei Complementar, podem obter as informações indispensáveis para instrução de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso¹²⁴.

O Decreto ainda prevê a situação em que a pessoa envolvida, ao se sentir prejudicada, pode requerer uma apuração. Portanto, resta evidente que a quebra do sigilo bancário não pode ocorrer de forma aleatória. É o que dispõe o artigo 12:

O sujeito passivo que se considerar prejudicado por uso indevido das informações requisitadas, nos termos deste Decreto, ou por abuso da autoridade requisitante, poderá dirigir representação ao Corregedor-Geral da Secretaria da Receita Federal, com vistas à apuração do fato e, se for o caso, à aplicação de penalidades cabíveis ao servidor responsável pela infração¹²⁵.

¹²⁴ DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalhão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 341.

¹²⁵ BRASIL. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm>.

3.4. Argumentos favoráveis e contrários à quebra do sigilo bancário sem interferência do Poder Judiciário

3.4.1. Argumentos favoráveis

O primeiro argumento é de que há prevalência do interesse público sobre o particular. Isto quer dizer que se necessitar, o Estado pode se intrometer na privacidade do indivíduo, razão pela qual poderia ser afastado o sigilo bancário¹²⁶.

Outro argumento tem relação com o artigo 145, §1º, da Constituição Federal, tratado anteriormente no trabalho. O dispositivo constitucional em questão faz menção a possibilidade de identificação do patrimônio, dos rendimentos e atividades econômicas do contribuinte, “*respeitados os direitos individuais*”. Para tanto, o Poder Público entende que se forem tomados os cuidados necessários para que não ocorra a divulgação das informações das pessoas, o direito da intimidade permaneceria intacto¹²⁷.

O Ministro Dias Toffoli entende ser lícitamente permitido pelo artigo 145, §1º, da Carta Magna, a Receita Federal verificar os rendimentos dos contribuintes, que são as movimentações financeiras. Além disso, entende que ocorre apenas uma transferência de informações entre órgão, não se tratando de quebra de sigilo¹²⁸.

A Ministra Cármen Lúcia tem o mesmo entendimento. Para ela, a Receita Federal ao requisitar informações das instituições financeiras não está indo contra ao que prevê a Constituição Federal, uma vez que não fere o princípio da privacidade, pois os dados quando obtidos pelo Fisco não estão autorizados a serem divulgados publicamente, mas apenas são transferidos de um órgão da

¹²⁶ DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 348.

¹²⁷ DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 348.

¹²⁸ Voto do Ministro Dias Toffoli no RE 389808/PR, Relator: Min. Marco Aurélio.

administração para outro para o cumprimento das finalidades da administração pública¹²⁹.

O Ministro Ayres Britto é favorável a quebra de sigilo sem a intervenção judicial, tendo em vista que entende que o objetivo da lei é a troca de informações, e não a divulgação de dados bancários. Os órgãos que detêm os dados possuem dever de confidencialidade, cuja quebra sem observância legal implica em tipificação de crime. Deste modo, não é necessária a autorização judicial, uma vez que se houver abuso por qualquer agente, responderá pelo ato¹³⁰.

3.4.2. Argumentos contrários

O primeiro posicionamento é no sentido da observância da separação dos poderes, cujo objetivo é fazer com que nenhum poder atue com arbitrariedade¹³¹.

Outro entendimento é de que fere a liberdade individual. Para sua excepcionalidade, deveria haver um devido processo legal, sendo observado ampla defesa e contraditório, perante um juiz imparcial. Não é o que ocorre no procedimento administrativo, uma vez que o Estado-Administração é parte interessada¹³².

Assim sendo, uma vez decretada por autoridade judiciária de forma prévia, há uma maior imparcialidade da decisão e esta é tomada por alguém que não é parte interessada.

¹²⁹ Voto da Ministra Carmen Lúcia no RE 389808/PR, Relator: Min. Marco Aurélio.

¹³⁰ Voto do Ministro Ayres Britto no RE 389808/PR, Relator: Min. Marco Aurélio.

¹³¹ DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 350.

¹³² DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, pp. 350-351.

Ao retirar do Judiciário o poder de análise a respeito da quebra do sigilo bancário, indiretamente, removeu do cidadão o direito ao devido processo legal, sendo que este é considerado uma cláusula pétrea.¹³³

O cidadão pode ser investigado pela Receita Federal, sem a interferência de um terceiro imparcial, em que aquele que culpa é o mesmo que tem o poder de julgar se é indispensável para o caso concreto o afastamento do sigilo¹³⁴.

O Ministro Ricardo Lewandowski defende que o Poder Judiciário deve ser ouvido previamente. Apesar do artigo 145, §1º, da Constituição Federal, fazer alusão ao respeito aos direitos, entende que somente o judiciário pode deferir o pedido de quebra de sigilo, tendo em vista que afeta direitos fundamentais dos indivíduos, e, o judiciário, como guardião último destes direitos, tem a função de escolher o meio menos gravoso¹³⁵.

De acordo com o Ministro Celso de Mello, o sigilo bancário só pode sofrer restrição com autorização judicial, sob pena da autoridade administrativa interferir indevidamente na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada as pessoas. Ainda sim, esclarece que em nada compromete a competência para investigar atribuída ao Poder Público pedir a autorização ao Judiciário para a quebra de sigilo, podendo requisitar sempre que achar necessário¹³⁶.

Neste sentido, o voto do ministro relator Marco Aurélio, na Medida Cautelar da Ação Cautelar nº 33/PR¹³⁷, que alega a Receita Federal não ser órgão imparcial para afastar o sigilo bancário:

[...] sopesando os valores em jogo, e é preciso também atentar para a posição do contribuinte, para esse bem maior que é a privacidade, tanto que inserido na Carta da República, afastável de regra mediante deliberação de órgão equidistante, e o Fisco não é o órgão

¹³³ FOLMANN, Melissa. Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá, 2001, p. 109.

¹³⁴ FOLMANN, Melissa. Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá, 2001, p. 109.

¹³⁵ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 389808/PR, Relator: Min. Marco Aurélio.

¹³⁶ Voto do Ministro Celso de Mello no RE 389808/PR, Relator: Min. Marco Aurélio.

¹³⁷ AC 33 MC, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618868>> Acesso em 08 de outubro de 2010.

equidistante, ele é sujeito da relação jurídica tributária, é parte interessada, preconizo o referendo da decisão [...].

3.4.3. Posicionamento dos Tribunais

A primeira decisão que se tem notícia a respeito de sigilo bancário é o RMS nº 1.047, de 6 de setembro de 1949. Possui a seguinte ementa¹³⁸:

“Os bancos não podem se eximir de ministrar informações, no interesse público, para o esclarecimento da verdade, essenciais e indispensáveis ao julgamento das demandas submetidas ao Poder Judiciário”.

Quanto ao acesso das informações pelos servidores fazendários será analisado no Mandado de Segurança nº 15.925-GB, de 20 de maio de 1966. O entendimento foi de que os dados informados à fiscalização fazendária são protegidos e permanecem intactos, havendo uma simples transferência de informações¹³⁹.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, a primeira vinculação do sigilo bancário ao direito fundamental à vida privada foi na Petição nº 577/DF. O Ministro Carlos Velloso afirmou que o sigilo bancário é espécie do direito à privacidade. Além disso, era necessário a existência de elementos mínimos de autoria de um delito para que houvesse o afastamento do sigilo.¹⁴⁰

*“[...] o sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (C.F., art. 5º, X), além de atender a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito [...]”*¹⁴¹.

Contudo, neste mesmo julgamento, os Ministros Célio Borja, Néri da Silveira e Marco Aurélio fundamentaram o sigilo bancário também no inciso XII, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ou seja, no sigilo de dados.

¹³⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 65.

¹³⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 66.

¹⁴⁰ VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *Sigilo Bancário: obtenção de informações pela Administração Tributária Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 97-98.

¹⁴¹ Supremo Tribunal Federal, Petição nº 577/DF.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dividido (seis votos contra cinco) do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, de 7 de abril de 1995, restou decidido que as informações deveriam ser entregues ao Ministério Público. O que merece atenção são os votos dos Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso. Afirmam que para haver restrição de direitos fundamentais, como a quebra de sigilo bancário, esta deve ser feita por um órgão imparcial, ou seja, pelo Poder Judiciário¹⁴².

Nos Tribunais Regionais Federais há diversos julgados no sentido da compatibilidade vertical dos dispositivos em estudo¹⁴³:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. IRRETROATIVIDADE DA LEI. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O alegado SIGILO bancário não pode ser interpretado como direito absoluto, desvinculado de outras garantias constitucionais, havendo de compatibilizar-se, pois, com os demais princípios, voltados à consecução do interesse público. 2. É plenamente legítimo que a AUTORIDADE competente (Fisco), uma vez detectados indícios de falhas, incorreções, omissões, ou de cometimento de ilícito FISCAL, requisite as informações e os documentos de que necessita para a consecução de seu dever legal de constituir crédito tributário. 3. Não há que se falar em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, porquanto a Lei Complementar no 105/01, bem como a Lei no 10.174/01 não criaram novas hipóteses de incidência, a albergar fatos econômicos pretéritos, mas apenas dotaram a Administração Tributária de instrumentos legais aptos a promover a agilização e o aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais. 4. Precedentes desta Turma. 5. Apelação improvida¹⁴⁴.

¹⁴² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 69.

¹⁴³ Neste sentido: Tribunal Regional Federal da Terceira Região, AMS 235185/SP, Processo: 2001.61.04.002694-7, Sexta Turma, Desembargadora Salette Nascimento, v.u., Data da Decisão: 25/09/2002, DJU DATA:02/12/2002, p. 378. No mesmo sentido: Tribunal Regional Federal da Terceira Região, AG 129757/SP, Processo: 2001.03.00.012332-0, Sexta Turma, Data da Decisão: 13/06/2001, DJU 12/09/2001, p. 243, Relatora Desembargadora Marli Ferreira; MS 230413/SP, Processo: 2001.03.00.036839-0, Primeira Seção, Relatora Desembargadora Suzana Camargo, v.u., Data da Decisão: 07/08/2002, DJU 12/11/2002, p. 221; Agravo de instrumento 131881/SP, Processo: 2001.03.00.015953-2, Sexta Turma, Data da Decisão: 28/08/2002, DJU 11/11/2002, p. 367.

¹⁴⁴ Tribunal Regional Federal da Terceira Região, Classe: AMS – Apelação em Mandado de Segurança 236767, Processo: 2001.61.00.022952-5, UF: SP, Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Juíza Consuelo Yoshida, v. u., Data da Decisão: 25/09/2002, DJU 25/11/2002, p. 603.

O Superior Tribunal de Justiça recentemente julgou um caso que envolve a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Eis o teor da ementa:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, §1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.665 REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O §1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O §3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

[..] 9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Consequentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos impositivos a serem apurados lhes sejam anteriores [...]

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições

financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001".

[...]

11. Agravo regimental desprovido (grifo nosso).¹⁴⁵

Foi facultada à Administração Tributária a criação de mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio do contribuinte, observados os direitos individuais, conferindo efetividade dos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, conforme prevê o artigo 145, §1º, da Constituição Federal).¹⁴⁶

Segundo o Ministro Luiz Fux, o sigilo bancário não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade, no qual é aplicado de forma absoluta às relações de direito público e privado. Deste modo, o sigilo deve ser afastado nas hipóteses em que operações bancárias são revestidas de ilicitude. O cidadão não pode alegar ofensa à garantias fundamentais com o intuito de encobrir ilícitos¹⁴⁷.

Por outro lado, a quebra do sigilo bancário não pode ser visto como uma atividade complementar, isto é, não se pode querer iniciar uma investigação por meio do afastamento do sigilo, pois fere diretamente os princípios constitucionais da presunção de inocência e do princípio da intimidade¹⁴⁸.

¹⁴⁵ AgRg no Ag 1329960/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03 de fevereiro de 2011, DJe 22/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001324727&dt_publicacao=22/02/2011> Acesso em: 10 de março de 2011.

¹⁴⁶ AgRg no Ag 1329960/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03 de fevereiro de 2011, DJe 22/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001324727&dt_publicacao=22/02/2011> Acesso em: 10 de março de 2011.

¹⁴⁷ AgRg no Ag 1329960/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03 de fevereiro de 2011, DJe 22/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001324727&dt_publicacao=22/02/2011> Acesso em: 10 de março de 2011.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1131.

É evidente que não se pode quebrar sigilo bancário para descobrir um crime de sonegação fiscal, por exemplo. Sua quebra justifica-se para comprovar um delito que, previamente, já apresente fundados indícios¹⁴⁹.

Quanto ao fato de lei complementar poder delegar à autoridade fiscal competência para realizar função jurisdicional, foi constatado que ainda não existe doutrina nem jurisprudência pacífica sobre o assunto. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente (Recurso Extraordinário 389808), demonstrou unicidade a respeito do assunto.

O Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu se é constitucional ou inconstitucional a Lei Complementar nº 105/2001. Porém, é evidente que o assunto é controverso, possuindo opiniões concretas de ambos os lados. Tramitam as ações diretas de inconstitucionalidade 2.386, 2.390 e 2.397 que têm por objeto a possibilidade das autoridades fazendárias e a Advocacia Geral da União, sem ordem judicial prévia, terem acesso às movimentações financeiras de indivíduos que mantiveram relação com a instituição bancária.

¹⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, Pleno, MS 25.668/ DF, Min. Celso de Mello, D.J.U. 04/08/2006, p. 01. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365434>>. Acesso em 14 de março de 2011.

CONCLUSÃO

O sigilo bancário apesar de ser um tema antigo, envolve uma certa complexidade. A finalidade e a importância reside no fato do sigilo resguardar a intimidade e a privacidade dos indivíduos. Os sujeitos envolvidos na relação obrigacional que se forma são os próprios clientes - sujeito ativo - que podem ser pessoas físicas ou jurídicas e, do outro lado, a instituição financeira - sujeito passivo - que deve ser entendida em sentido amplo, conforme explicitado no artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001.

Como foi visto ao longo do trabalho, as operações financeiras realizadas por pessoas físicas ou jurídicas detêm sigilo e devem ser preservadas. Por outro lado, esta preservação não pode prejudicar o interesse público à informação, uma vez que com esses dados se busca a materialidade de atos ilícitos.

É evidente que muitas vezes o sigilo bancário é um obstáculo para a apuração de infrações penais. Por vezes, para a busca da materialidade e autoria, há de ser afastado o sigilo. Entretanto, esta medida probatória deve ser excepcional.

O sigilo bancário é um direito fundamental que decorre do direito à intimidade. Qualquer que seja o direito fundamental, pode haver uma relativização. Deste modo, quando há choque entre princípios constitucionais a solução deve ser tomada com base na ponderação entre os princípios envolvidos no caso concreto. Ou seja, diante de um conflito de interesses constitucionais é preciso realizar o sopesamento ponderado dos fins. Ao realizar esta convivência, o magistrado diminui a força de um princípio; entretanto, não deve excluí-lo ao viabilizar a aplicação do outro.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o sigilo bancário não é absoluto, podendo ser relativizado em favor do interesse público. Resta saber se o pedido de quebra do sigilo bancário necessita de autorização judicial prévia. O Pleno tem entendido que o sigilo bancário encontra fundamento constitucional no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, especificamente na proteção da vida privada.

Por não encontrar previsão expressa na Constituição Federal, o sigilo bancário não está submetido à reserva de jurisdição. Todavia, a relativização requer decisão fundamentada na qual reste evidenciada a existência de indícios dos fatos, bem como da necessidade da medida.

E, a autorização prévia por parte do Judiciário garante maior segurança aos contribuintes, tendo em vista que a decisão será tomada por um órgão imparcial. O Fisco, ao quebrar o sigilo, o faria com imparcialidade, uma vez que seria parte interessada na arrecadação de tributos.

Exímios doutrinadores como Hugo de Brito Machado e Juliana Garcia Belloque e os ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal entendem que o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 é inconstitucional, uma vez que consideram ser necessário que o Poder Judiciário autorize previamente a Receita Federal para o afastamento do sigilo bancário.

Com entendimento contrário, o doutrinador Aldemário Araújo de Castro e os ministros Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, consideram ser constitucional o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, admitindo, portanto, o acesso direto das autoridades fiscais às informações bancárias dos indivíduos.

Conclui-se que a Lei Complementar nº 105/2001 é um ato eminentemente político, visando o combate ao crime de colarinho branco. Do ponto de vista jurídico, esta Lei contraria os ditames constitucionais; entretanto, moralmente possui seu aspecto positivo, tendo em vista que visa combater ilícitos.

Entende-se a necessidade da relativização do sigilo bancário com o intuito de que o mesmo não seja utilizado para as práticas ilícitas. Os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal tem julgado neste sentido, sob o entendimento de que é razoável e com isso se busca uma sociedade mais justa e igualitária.

Por fim, diante de um conflito entre o direito ao sigilo bancário e o interesse público, em que envolve uma restrição legal, é imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade, no qual o próprio Poder Legislativo, ao editar a Lei Complementar nº 105/2001, realizou a ponderação entre os princípios constitucionais da intimidade e sigilo bancário, estabelecendo as hipóteses em que o sigilo bancário poderá ser afastado.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sigilo bancário e privacidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005..

BARBEITAS, André Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>.

_____. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Aldemário Araújo. *A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela Lei Complementar n 105/2001*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=15>.

CHIAPPINI, Carolina & Marcelo Magalhães Peixoto. *Sigilo Bancário e Fiscal no Direito Brasileiro*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalhão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

COVELLO, Sérgio Carlos. *O Sigilo Bancário, com particular enfoque na tutela civil*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001.

DANTAS, David Diniz. *O Sigilo Bancário e o Conflito entre Princípios Constitucionais*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Dezembro de 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>.

FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001*. Curitiba: Juruá, 2001.

GIANNETTI, Francesco. *O Sigilo Bancário em face do atual Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: PIZOLIO, Reinaldo & Gavalvão Jr., Jayr Viégas (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

HOLTHER, Leo Van. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiro, 1994.

Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 2 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

QUEZADO, Paulo e Rogério Lima. *Sigilo Bancário*. São Paulo: Dialética, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo Bancário e Direito à Intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e & Rosimeire Ventura Leite. *O sigilo financeiro, os direitos à vida privada e à intimidade e a produção da prova criminal*. In: *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. FERNANDES, Antônio Scarance, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanóide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de & LEITE, Rosimeire Ventura. *O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação*. In: *Sigilo no processo penal*:

eficiência e garantismo. Coordenação Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALENTE, Christiano Mendes Wolney. *Sigilo Bancário: obtenção de informações pela Administração Tributária Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

WADDINGTON, Izabela Bezerra Gomes. *Direito à privacidade face a quebra de sigilo nos crimes do “colarinho branco”*. □ Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6073>.